

BIBLIOGRAFIA

Y a propósito de dificultades en entender, pasemos de lo que Javier Hervada no se atreve a confesar abiertamente a lo que confiesa con claridad, pero que no hubiera hecho falta que confesara.

Me refiero a la confesión de que no acaba de entender la noción del medio ambiente social.

No sé si la confesión es humilde o acusadora, ciertamente es inútil a juzgar por la desafortunada línea en la que se refiere a «las virtudes como aspectos del bien común».

En la obra no se habla para nada de tal aspecto de las virtudes.

En la obra se dedica un capítulo a tratar del bien común en el que ni se nombran las virtudes; en la obra se trata de las virtudes sobrenaturales en el capítulo dedicado a los bienes comunes.

Indudablemente Javier Hervada ha confundido los bienes comunes con el bien común.

La confusión no hubiera tenido lugar si hubiera leído despacio una obra que por basarse en la aplicación de principios sociológico-filosóficos no se prestaba a las prisas.

Tampoco si hubiera conocido de antemano la naturaleza de los bienes comunes y la del bien común.

Indudablemente tenía que encontrarse en un mar de dificultades quien sin conocer de antemano la problemática del bien común y no disponer de tiempo para hacerlo, tratara de enjuiciar una obra cuyo subtítulo es «El apostolado del seglar a la luz del bien común eclesial».

Así se explica el tono nada decidido de su juicio crítico.

Indudablemente no podía entender las consecuencias quien no había comprendido las premisas.

Así se explica que enredado en lo que llama «tantos extremos» Javier Hervada no se haya percatado con claridad de cuál era la cualidad de ciudadano del laico y cuál la del miembro de la Iglesia, su autonomía y su dependencia.

Así se explica que no haya entendido conceptos como el de apostolado clerico-laical.

En fin, me permito la confianza de acabar con las últimas palabras de Javier Hervada en su crítica:

«Cuanto esfuerzos dediquen los estudiosos a profundizar y dar a conocer la naturaleza y características del apostolado de los laicos serán siempre beneméritos.

Pero, precisamente por la importancia del tema en la vida de la Iglesia, nunca se insistirá bastante en la necesidad de que el rigor científico sea la base de estos esfuerzos».

La dureza del crítico no es por ella misma garantía de ciencia; es garantía de todo lo contrario cuando impide que el crítico aprecie alguna bondad en la obra que enjuicia.

JUAN ARIAS GÓMEZ, *El consensus communis en la eficacia normativa de la costumbre*. 1 vol. de 153 págs., Colección Canónica de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1966.

La costumbre ha sido una de las instituciones más arraigadas y más importantes en la Iglesia durante mucho tiempo, pese a lo cual ha tenido un lento declinar. A este proceso ha contribuido en buena parte la evolución de la realidad social y el cambio de circunstancias, pero no ha dejado de influir en él la doctrina de Suárez sobre la costumbre. Desde el momento en que la fuerza jurídica del derecho consuetudinario se sitúa en el consentimiento del legislador, la asimilación de la costumbre a la ley, con el consiguiente desdibujamiento de las diferencias entre ambas fuentes, es un hecho ineludible, al que acompaña fatalmente la primacía de la ley.

En el fondo de todo el problema, como es notorio, subyace la teoría de las fuentes del Derecho. Si la función de hacer o decir el Derecho se considera como algo exclusivo del poder de jurisdicción es entonces cuando la norma consuetudinaria aparece como un fenómeno anómalo y de difícil explicación, sin otro encaje, dentro de una tal teoría, que reconducir su fuerza jurídica al consentimiento del legislador. En cambio, partiendo de una concepción distinta de las fuentes del Derecho, sí cabe encontrar para la costumbre una explicación diversa y las anomalías desaparecen de raíz.

En la teoría de las fuentes del Derecho y no en la constitución jerárquica de la Iglesia, hay que colocar primeramente la explicación del tema de la fuerza normativa de la costumbre en el ordenamiento canónico, porque sólo cuando se da por sentado que fuente del Derecho lo es sólo el poder de jurisdicción, la constitución jerárquica del Pueblo de Dios es el punto de partida para sostener que la costumbre

adquiere su eficacia del legislador y, a partir de ahí, intentar explicar la participación de éste y la de la comunidad en el fenómeno consuetudinario.

A mi entender, la doctrina no advierte este punto fundamental cuando insiste tanto en la constitución jerárquica de la Iglesia, dando la impresión de que la costumbre es algo así como una institución «peligrosa», capaz de conducir a una concepción democrática de la Iglesia, concediendo al pueblo una participación en la jurisdicción eclesiástica.

Es más, me atrevería a decir que en el fondo del problema hay una doble falta de perspectiva. Existe una falta de perspectiva histórica cuando se pretende hacer pasar como conclusión filosófica, y por tanto con validez universal, lo que no es más que el resultado del análisis del Derecho según aparece en un estadio histórico concreto de la legislación. A los autores que presentan como conclusión filosófica que la costumbre adquiere su valor jurídico por el consentimiento del legislador, se les podría dar la misma respuesta que a aquellos teólogos que durante tanto tiempo han pretendido hacer pasar como solución teológica única para el nombramiento de los obispos, lo que no era otra cosa que una forma concreta de hacerlo. Una respuesta con validez universal ha de explicar coherentemente todas las formas históricas de un fenómeno jurídico; y pretender que el consentimiento del legislador es la fuente de la fuerza jurídica de la costumbre sería violentar demasiado la realidad histórica de los primeros siglos, como pueda serlo sostener que los obispos de esa época recibían la misión canónica directamente de San Pedro, de Lino, de Cleto o de Clemente, siquiera sea recurriendo al artificioso recurso de una concesión tácita. La historia ha de respetarse, aunque no encaje en nuestros moldes mentales.

Y hay también una falta de perspectiva filosófica, cuando a partir de un canon del CIC se pretende dar como conclusión filosófica valedera, lo que no puede tomarse más que como una pieza —por muy importante que sea— de un sistema legislativo concreto. Eso sin contar otra posible falta, esta vez de lesa teología, que se daría si se quisiese ver en el c. 25 un acto del magisterio eclesiástico, tratándose de un tema de índole estrictamente científica, que no roza el dogma y la moral, ni ningún otro punto del mensaje evangélico,

más de lo que pueda tocarlo cualquier otro tema de las ciencias humanas.

Entiendo que la doctrina común, desde Suárez hasta nuestros días, sobre el origen del valor jurídico del derecho consuetudinario, no puede considerarse acertada, desde el momento que no explica la verdadera naturaleza de la costumbre, tal como se dio en la Iglesia durante siglos, concretamente los primeros. Basta leer sin juicios previos los escritos de los Santos Padres o estudiar el Derecho de la Iglesia de los primeros siglos, para comprender que la fuerza normativa de la costumbre tuvo otro origen que el consentimiento del legislador. Desde esas costumbres de las Iglesias de Dios a que alude San Pablo (I Cor 11, 16) hasta las «*mores maiorum*» de la Patrística, en todos los textos se contempla más un resultado de la conciencia jurídica y cristiana de la comunidad, que consentimientos legales, psicológicos, tácitos o expresos del legislador. Véanse si no estas palabras de San Ambrosio a propósito de la costumbre: «*In omnibus cupio sequi Ecclesiam romanam, sed tamen et nos homines sensum habemus; ideo quod alibi rectius servatur et nos recte custodimus*».

Desde este punto de vista, no podemos menos de acoger con beneplácito la obra de Juan Arias, que representa un intento, logrado y lleno de interés, de dar un nuevo giro a la doctrina común, sosteniendo que la eficacia normativa de la costumbre reside en la comunidad cristiana, sin otra condición que la comunión con el legislador y el cumplimiento de los requisitos legales que, en su caso, establezca el ordenamiento, como ocurre en cualquier otro fenómeno jurídico.

En el capítulo primero de su obra, Arias expone la doctrina canónica sobre el derecho consuetudinario durante los siglos XIII a XVI, ciñéndose especialmente a dos puntos: a) el consentimiento de la comunidad y su relación causal eficiente con la norma consuetudinaria; y b) el consentimiento del legislador y su relación con la costumbre. La formación de la doctrina canónica sobre la costumbre, tras los primeros intentos de San Raimundo de Peñafort y la glosa, especialmente de Bernardo de Parma, recibe un fuerte impulso con el Card. Hostiense, y culmina en Juan Andrés, que la sistematiza y la lleva a su cénit en este período. El estudio de estos autores demuestra que la causa eficiente de la costumbre era, para ellos, el *con-*

BIBLIOGRAFIA

sensus populi, aun cuando todos estén de acuerdo en señalar como requisito necesario (no como causa) el consentimiento del legislador, el cual, por otra parte, es suplido por la legítima prescripción.

El capítulo segundo está dedicado a la doctrina canónica desde Suárez hasta la codificación. La doctrina suareciana, que marca un innegable hito en la teoría canónica sobre la costumbre, surge en la época de mayor efervescencia reformista, hecho éste que tendrá suma influencia en el pensamiento de este insigne autor, envuelto en el ambiente de defensa de la Iglesia Católica, tan propio de los teólogos católicos de su tiempo. Suárez sostiene la existencia de dos causas eficientes en la costumbre. La causa próxima es el *consensus populi*, fuente de la *consuetudo facti*. Pero es el legislador y sólo él quien crea con su consentimiento la *vis iuridica* de la costumbre; y al ser esta fuerza jurídica el elemento principal de la norma, el *consensus legislatoris* es la causa primaria o principal de la norma consuetudinaria. Una última afirmación de Suárez: el legislador puede llamarse también causa inmediata de la costumbre, considerada ésta en su entidad completa y perfecta.

Esta tesis sobre la causa eficiente de la costumbre, quedó perfectamente asimilada por la doctrina posterior. Desde Pirhing a Wernz, todos los autores posteriores, con alguna excepción aislada como la de Phillips, admiten expresamente que sólo el legislador es quien da la *vis iuridica* a la costumbre; afirmación que creen con carácter de postulado, por lo que la mayoría ni siquiera intenta aportar pruebas.

La legislación codicial sobre la costumbre (cfr. c. 25) está redactada sobre la base de esta doctrina prácticamente unánime. Por ello no es de extrañar que la doctrina posterior —a la que Arias dedica el capítulo tercero de su monografía— siga la pauta marcada por los autores precodiciales. El principio fundamental en que todos se apoyan es la índole especial de la Iglesia, su constitución esencialmente jerárquica.

Teniendo esto presente, Arias, con muy buen criterio, dedica el cuarto y último capítulo de su libro a demostrar que la constitución jerárquica de la Iglesia no se opone a una participación activa de los fieles en la configuración del orden jurídico eclesiástico. Los fieles no constituyen una masa amorfa e inerte, sino que dentro de su esfera, tienen también una res-

pensabilidad en el orden jurídico. Mérito no escaso del autor es haber sabido superar el obstáculo principal con que la doctrina suele encontrarse: la atribución de la soberanía a la comunidad para poder otorgarle la facultad de introducir costumbres.

El autor parte de la constitución jerárquica de la Iglesia, pero fundado en la participación del Pueblo de Dios en el sacerdocio de Cristo, entiende que «la naturaleza jurídica de la Iglesia no se agota con la existencia de una jerarquía que la gobierna —esto es sólo una característica peculiar de su constitución jerárquica— sino que encarna una comunidad con un fin social, cuya consecución la ha de realizar la misma sociedad con la colaboración activa de todos sus miembros» (pág. 137). Esta colaboración activa tiene como un aspecto propio la introducción de la costumbre, obligatoriamente vinculante.

¿Significa esto que estamos en presencia de una soberanía radicada en el pueblo? Nada de esto. Se trata sencillamente de una capacidad jurídica activa, otorgada por el Derecho, que, aunque derivada, y *sub auctoritate* es suficiente para conceder fuerza jurídica a la costumbre. La comunidad introductora no puede crear leyes, sólo costumbres; ni podrá introducir una costumbre cuando rompe la vinculación con la potestad jurisdiccional primaria; pero mientras permanezca dependiente y unida, en comunión, con el legislador, conserva esa capacidad y legitimación jurídica que le da virtud para introducir la norma consuetudinaria en toda su perfección. ¿Cuál es, entonces, la relación entre la legislación y la costumbre? La costumbre —responde el autor— es un elemento más dentro del complejo jurídico del ordenamiento que el legislador, con su potestad, regula y dirige hacia el bien común de la sociedad. Esto quiere decir que cae bajo el ámbito de la potestad del legislador: a) Señalar los requisitos necesarios para la creación de la norma consuetudinaria; b) determinar nuevas condiciones a las que ha de atenerse la comunidad para poder ejercitar la capacidad jurídica en la introducción de la costumbre, o lo que es lo mismo, determinar qué costumbres no pueden introducirse; c) determinar *a posteriori* si una costumbre introducida está revestida de las cualidades propias, o cumple las condiciones establecidas por él mismo; d) señalar el plazo de prescripción; e) derogar una cos-

tumbre introducida con todos los requisitos, porque así lo exija el bien común; f) crear en la comunidad una situación jurídica activa para que pueda ser causa eficiente de la costumbre; g) determinar qué comunidades tienen capacidad para introducir costumbres.

Con ello, a nuestro entender, el autor delimita claramente la función de la comunidad (causa eficiente) y la función del legislador en la costumbre, sobre unas bases que podemos considerar originales, y que explican mejor la naturaleza de la costumbre que la doctrina común.

El principal mérito de esta obra es, en nuestra opinión, haber salvado con acierto el escollo a que antes aludíamos, estableciendo que la comunidad puede ser, y es, causa de la costumbre, independientemente de la tan traída y llevada cuestión de la soberanía popular. Y desde luego, se trata de una teoría que tiene la gran ventaja de explicar todas las regulaciones de la costumbre que históricamente se han dado en el Derecho de la Iglesia. Con ello, además, se establece una neta distinción entre ley y costumbre, que se delinearán como dos instituciones claramente distintas.

En suma, nos parece una monografía muy interesante, que aporta a la doctrina canónica unas ideas nuevas de notable fecundidad para comprender una de las instituciones más venerables del Derecho canónico, sin olvidar que, por su conexión con otros temas —piénsese, v. gr., en la *missio canonica* que puede transmitirse por vía de costumbre—, pueden ser un sugestivo punto de partida para investigar en la naturaleza de otras instituciones de no menos importancia.

JAVIER HERVADA

XAVERIUS OCHOA, *Leges Ecclesiae post Codicem Iuris Canonici editae*, vol. I (leges annis 1917-1941 editae) de 2.103 págs., ed. «Commentarium pro Religiosis», Roma, 1967.

Es sabido que el Motu Proprio «Cum Iuris Canonici» al crear la Comisión para la interpretación auténtica de los cánones del Código de Derecho Canónico le atribuyó una doble misión: la interpretación de las normas del Código y la incorporación a él de aquellas normas que promulgadas con posterioridad estuvieren en contradicción con los cánones del Codex o no fueren regulados por el mismo.

En el primer caso se trataba de propor-

cionar una interpretación oficial o auténtica que mantuviese una unidad de criterio en la aplicación del Derecho en toda la Iglesia. Con la segunda misión se pretendía condensar en un solo cuerpo legal toda la legislación eclesiástica, evitando la dispersión normativa y las dificultades de su aplicación en el orden práctico.

Si la primera tarea fue realizada, en líneas generales satisfactoriamente, es preciso reconocer que no se puede decir lo mismo de la segunda. En efecto, en los momentos actuales, al no ser llevadas a la práctica las previsiones del legislador, nos encontramos con una abundante legislación que no ha sido incorporada al texto del Código: normas que regulan nuevas materias; normas que, incluso, contradicen a algún canon del Código; normas que explican y desarrollan el contenido de los mismos, etc.

En este sentido la obra de X. Ochoa viene a llenar una laguna evidente en el ámbito canónico, al recoger en un volumen de fácil manejo las disposiciones promulgadas con posterioridad a 1917. En el primer volumen publicado aparecen recogidas las normas promulgadas hasta 1941.

En el prólogo el autor señala con acierto la utilidad de la obra «utilitas horum operum ex se ipsa aperte intelligitur. Quicumque enim cognoscere intendit normam in singulis casibus sequendam, inspicere debet, praeter codicem, normas et documenta post Codicem edita, quae non raro leges codificatas mutant aut complement. Hae tamen novae leges et documenta vagantur dispersa per plura volumina Actuum Apostolicae Sedis aliarumque ephemeridum haud facilis consultationis» (p. VII).

Para la ordenación del abundante material que maneja, el autor ha seguido los siguientes criterios: 1) cronológico: los documentos aparecen ordenados de acuerdo con la fecha de promulgación; 2) jurídico: se recogen tan sólo los documentos que el autor, en sentido amplio, denomina «leges», de modo que junto a las leyes propiamente dichas se incluyen los preceptos, resoluciones, instrucciones, indultos, facultades, etc., así como las Constituciones y Decretos del Romano Pontífice y del Concilio Ecuménico y los actos de la Curia Romana, salvo las sentencias de la S. Romana Rota; 3) universal: el autor excluye las normas que tienen un carácter local, personal o territo-